Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

wohnt habe. So wie aber gewiß iſt, daß Mehrere in dieſer Zeit beigewohnt haben, ſo fällt die Grundlage der Vermuthung weg, denn ſo viel iſt doch gewiß, daß nur einer Vater ſeyn, und damit iſt ſchon ausgeſprochen, daß nicht jeder als ſolcher in Anſpruch genommen werden könne.

Es ſpricht dafür auch die Analogie der Regel, daß, wenn die Vorausſetzung eines Vortheils, den nur Einer erhalten kann, auf mehrere paßt, keiner ihn bekommt [37]). Gleichwohl läßt ſich nicht verkennen, daß, wenn man einmal die Alimentationsverbindlichkeit des unehelichen Vaters annimmt, es in Anſehung des Kindes hart erſcheint, daß es die Schuld ſeiner Mutter durch Verluſt des Alimentenanſpruchs büßen ſoll. Es kann jedoch nur Aufgabe der Geſetzgebung ſeyn, dieſe Härte durch ſachgemäße Beſtimmungen zu mildern.

XIX.

Ueber die Vermuthung, welche für die zur rechten Zeit geſchehene Uebergabe einer gerichtlichen Schrift ſtreiten ſoll.

Vom Herrn Profeſſor Dr. Geſterding zu Greifswalde.

Ueber die geſchehene Einreichung einer Schrift bei Gericht, unter Angabe von Jahr und Tag, da ſie geſchehen, wie über alles andere, was bei Gericht vorgefallen iſt, darf es nicht an Aufzeichnungen zur Nachricht, nicht an Beweiſen fehlen. Vielmehr gebührt es ſich, daß auch dieſe Begebenheit, wie

37) L. 10. de reb. dub. L. 13. de manum test.

klein sie an sich auch ist — in ihren Folgen ist sie oftmals wichtig genug, wenigstens für die streitenden Theile — sogleich, wie sie sich ereignet, niedergeschrieben wird. Nöthig ist es schon in Hinsicht auf den Richter, indem daraus erhellet, wie frühe oder wie spät der Richter angetreten sey, und wie frühe oder wie spät er sich in dem Fall befunden habe, sein Amt verwalten zu müssen; nöthig ist es in Hinsicht auf die streitenden Theile; denn wiewohl in Hinsicht auf sie in vielen Fällen nichts oder gar nicht viel daran gelegen seyn wird, ob diese Schrift einige Tage früher oder später bei Gericht angelangt ist, so kommen doch andere Fälle vor, wo es auf Tag und Stunde ankommt, und die Zeit, da ein streitender Theil sich bei Gericht gemeldet hat, nicht gleichgültig, sondern auf Rechtsverhältnisse von dem größten Einflusse ist. Der Nächste dazu, dies Ereigniß niederzuschreiben, ist der bei diesem Gericht angestellte Schreiber, dessen Amt es überhaupt mit sich bringt, die gerichtliche Geschichte zu schreiben, d. h. alles, was Merkwürdiges bei Gericht geschehen ist, zum Andenken und zum Beweise niederzuschreiben. Er hat auch deshalb vor andern den Beruf dazu, weil die Schrift zuerst an ihn gelangt ist; der Richter könnte nur *de auditu* Zeugniß ablegen. Indessen rührt der Gebrauch, dem Schreiber die gerichtlichen Eingaben zu senden, wohl gerade daher, daß er die geschehene Einreichung zum Andenken und Beweise niederschreiben soll. Weil sein Amt dieses mit sich bringt, gehört auch jenes zu seinem Amte. Es hat freilich noch sonst einen, wohl gerade nicht beabsichtigten, Nutzen, denselben nämlich, welchen die Schranken haben, wodurch der Platz, wo der Richter sitzt, von den Plätzen der streitenden Theile abgesondert ist; es entfernt den Richter von den Partheien und die Achtung vor dem, welchem man sich nicht unmittelbar nähern darf, erhält sich, wenn sie dadurch nicht vermehrt wird.

Also dem Gerichtsschreiber gebührt es, aufzuzeichnen, an welchem Tage und in welchem Jahr eine gewisse Schrift

bei Gericht angelangt ist; sie müßte denn, etwa in der Gestalt eines gewöhnlichen Briefes, unmittelbar an den Richter gelangt seyn. Die Aufzeichnung selbst geschieht bekanntlich auf der Schrift selbst mit wenigen und abgekürzten Worten, gewöhnlich ohne Unterschrift des Namens; außerdem wird noch wohl über alle bei Gericht angelangten Schriften ein besonderes Buch geführt, worin jede, nach ihrer Ordnung, wie sie angekommen ist, eingetragen wird.

Wenn man sich nur nicht durch die Kürze dieser Aufzeichnung und die Abweichung derselben von der gewöhnlichen Gestalt irre machen läßt, so ist sie von einem sonstigen Protocoll nicht verschieden, beide sind nicht wesentlich verschieden; auch wird jene ja registratura praesentationis genannt.

Die Rechtsgelehrten haben die Frage aufgeworfen, wenn die Zeit der Uebergabe nicht niedergeschrieben ist, wie es dann wohl werden solle. Nach Anderen lehrt Danz [1]: demjenigen, von welchem die Schrift herrührt, liege die Last auf, zu beweisen, daß er sie zur rechten Zeit eingereicht habe. Ihm widerspricht Gönner [2]. Jede Parthei, bemerkt Gönner, müsse volle Rechnung darauf machen, daß der Richter die Pflichten seines Amtes genau erfülle, und die Gesetze könnten, ohne schreiendes Unrecht zu begehen, die Parthei nicht mit einem Beweise über eine Thatsache beladen, worüber sie den Richter zur Herstellung des Beweises durch Aufzeichnung des Präsentati verbänden. Eine sträfliche Unterlassung des Richters könne an der unschuldigen Parthei nicht bestraft werden, und dieses würde geschehen, wenn man ihr einen Beweis abforderte, um den sie im Vertrauen auf des Richters pflichtmäßiges Betragen gar nicht besorgt gewesen. Ohne allen Unterschied müsse demnach die allgemeine Vermuthung

---

1) Grundsätze des ord. Processes §. 89.

2) Handbuch des Processes, Bd. 1. Abth. 9. §. 8.

aufgestellt werden, wie das Exhibitum an dem darin bemerkten Datum, oder, wenn auch dieses in der Schrift nicht enthalten ist, da es in Proceßschriften nicht nothwendig sey, daß es zur rechten Zeit übergeben worden u. s. w. So weit, mit seinen eigenen Worten, Gönner.

Der Fall, wovon hier die Rede ist, kann so leicht nicht vorkommen. Denn zuerst müßte der Schreiber sich eine grobe Nachlässigkeit haben zu Schulden kommen lassen, indem er das Datum der Ankunft nicht auf die Schrift schrieb, sie auch nicht zu Buch führte, und sodann müßte der Richter sich einer zweiten, nicht minder groben, schuldig gemacht haben, indem er gar nach dem Datum sich nicht umsah, oder, wenn er den Mangel bemerkte, den Schreiber seines vernachlässigten Amtes nicht erinnerte. Ja, da gerichtliche Eingaben gewöhnlich noch durch mehrere Hände gehen, ehe sie dem Gegner mitgetheilt werden, oder in den Acten zur Ruhe kommen, durch Hände von Leuten, die sie tragen, abschreiben, ihre Stimme darüber abgeben u. s. w., so müßte es nicht mit rechten Dingen zugehen, wenn Niemand den Mangel bemerkt und dessen Abstellung auf frischer That veranlaßt hätte. Indessen die Möglichkeit läßt sich gerade nicht leugnen; unter einem Zusammenflusse besonderer Umstände könnte es wohl geschehen, daß ein Mangel dieser Art, und zwar gerade ein einflußreicher, unbemerkt geblieben, oder erst dann bemerkt wäre, da es zu spät war, ihn zu verbessern. Daher ist es allerdings erlaubt und nicht ohne Nutzen, jene Frage aufzuwerfen. Auf allen Fall gibt die Erörterung dieser Frage zu Bemerkungen Gelegenheit, die vielleicht für andere Fälle noch mehr von Nutzen seyn können, als für den zunächst aufgeworfenen. Wir wollen sie daher nicht für gering achten.

Auf den ersten Anblick scheint es, die Beantwortung der aufgeworfenen Frage sey nur leicht, und Danz habe sie ganz richtig entschieden. Dem streitenden Theile, kann man sagen, welcher behauptet, wie er an einem gewissen Tage eine gewisse Schrift bei Gericht eingereicht habe, liegt es ob, die Wahr-

heit dieser Thatsache und seiner Behauptung zu beweisen. Er würde dieses Beweises überhoben seyn, wenn der Gerichtschreiber nicht pflichtwidrig versäumt hätte, die registratura praesentationis aufzunehmen, vorausgesetzt dabei, daß der Inhalt derselben und das darin liegende Zeugniß des Gerichtschreibers mit seiner Angabe übereingestimmt hätte. Denn soviel nur weiß man, daß die registratura praesentationis fehlt; hingegen, daß der Inhalt derselben die Angabe des streitenden Theils bestätigt haben würde, das weiß man nicht; das kann man nicht wissen; das bleibt nach, wie vor, ungewiß. Er ist also den Beweis, den er nicht geführt hat, wenn er ihm überhaupt oblag, noch immer zu führen schuldig. Daraus, daß der Gerichtschreiber keine Registratur aufgenommen hat, deren Inhalt ihm vielleicht günstig gewesen wäre, folgt nicht, daß er vom Beweise frei sey, sondern nur, daß, wenn er den Beweis führt, der Gerichtschreiber ihm die Kosten, überhaupt den Schaden ersetzen müsse, der durch seine widerrechtliche Handlung entstanden ist [3]).

Die Gründe, die Gönner für seinen Widerspruch aufführt, beweisen auf allen Fall nichts. Eine Vermuthung der Art, wie er sie anführt, gibt es nicht. Seine Gründe beweisen keinesweges, daß der Gesetzgeber eine Vermuthung dieser Art eingeführt habe, sondern nur allenfalls, daß er Grund hätte, sie einzuführen. Doch auch daran zweifle ich. Der Gesetzgeber würde durch Einführung einer solchen Vermuthung nicht den nachlässigen Schreiber bestrafen, sondern den einen streitenden Theil, auf Kosten des andern, an der begangenen Versäumniß ganz unschuldigen, widerrechtlich begünstigen. Eine Vermuthung kann wohl auf Gründe der Wahrscheinlichkeit gebaut werden; auch könnte es gerechtfertigt werden, wenn ein nachlässiger Gegner, als Folge seiner Verschuldung und des dadurch dem andern entzogenen Beweises, eine solche gegen sich gelten lassen müßte; aber ungerecht

3) Neben dem Schadenersatz muß der Schreiber, zusammt dem Richter, wegen Amtsvernachlässigung bestraft werden.

würde es seyn, auf die Nachlässigkeit eines Dritten eine Vermuthung zu bauen.

Also irrt Gönner und Danz hat Recht? — Nein, beide sind auf falscher Fährte. Es ist eine falsche Voraussetzung, wenn man glaubt, als habe derjenige, welcher behauptet, wie er eine gewisse Schrift an einem gewissen Tage bei Gericht eingereicht habe, nöthig, den Beweis dieser Behauptung zu führen, und als sey er, wie Gönner annimmt, nur dann davon frei, wenn der Gerichtschreiber nachlässig gewesen. Freilich, wenn gar keine Schrift an den Richter gelangt wäre, so würde er von jenem Beweise nicht, oder vielmehr nur nicht völlig freigesprochen werden können; er würde nämlich beweisen müssen, daß er sie wirklich bei Gericht oder dessen Schreiber abgegeben habe. Und zwar würde er diesen Beweis deshalb führen müssen, weil der Richter, an den keine Schrift gelangt ist, annehmen müßte, daß keine eingereicht sey. Allein, gesetzt, die Schrift befindet sich in den Händen des Richters, dann kann darüber kein Zweifel Statt finden, daß sie bei Gericht eingereicht sey; es kann nur die Frage entstehen, ob sie zur rechten Zeit eingereicht sey, und derjenige, von dem die Schrift herrührt, hat gar nicht nöthig, zu beweisen, daß diese Frage zu bejahen sey; er ist vom Beweise frei, nicht deshalb, weil eine Vermuthung, oder gar eine Rechtsvermuthung für ihn streitet, sondern, weil allgemeine Grundsätze von der Beweislast und deren Vertheilung ihm zu Statten kommen.

Es kann nämlich jene Frage nicht füglich unter anderer Gestalt bei Gericht bestritten werden, als daß demjenigen, von welchem die Schrift herrührt, der Vorwurf gemacht wird, er habe sich Ungehorsam, Versäumniß oder Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, um daraus gewisse Rechte gegen ihn herzuleiten, oder gewisse Einreden gegen ihn darauf zu bauen. Wenn ihm also Ungehorsam vorgeworfen wird, so muß derjenige, welcher ihm Ungehorsam vorwirft, beweisen, daß

er ungehorsam gewesen sey. Dazu gehört nun, daß er die Handlung entweder überhaupt nicht, oder daß er sie nicht auf die gehörige Art, namentlich, daß er sie nicht zur rechten Zeit vorgenommen. Hier will ich — vorläufig oder im Vorbeigehen, gleichviel, wenn es nur gesagt wird, und wenn es nur gut ist — bemerken: Ungehorsam kann, nach meinem Ermessen, nur derjenige mit Recht genannt werden, der den Befehl des Richters — zu einer gewissen Zeit vor ihm zu erscheinen, oder binnen einer gewissen Frist eine gewisse Handlung vorzunehmen — vorsätzlich nicht befolgt. Dies stimmt mit dem Sprachgebrauch und mit dem Begriff, den Hermogenian[4]) gibt, überein; auch die Zusammenstellung von dolus und contumacia in dem hieher gehörigen Titel des Canonischen Rechts (Decret. Gregor. lib. 2. tit. 14) hätte hierauf führen können. Alle wahre contumacia ist *dolosa* und eine contumacia *culposa* gibt es nur in den Schriften der Rechtsgelehrten. Es ist zwar möglich, daß Jemand aus bloßer culpa unterläßt, dem Befehl des Richters zu gehorchen, z. B. wenn er zu spät im Gericht erscheint, weil er aus Unkunde der Entfernung nicht zeitig genug abgereist war, und diese culpa kann, zum Theil wenigstens, dieselben nachtheiligen Folgen hervorbringen, wie der dolus[5]), aber ungehorsam kann Jemand immer nur genannt werden, wenn er nicht gehorchen wollte. Ich weiß nun wohl, daß, wenn Jemand auf des Richters Gebot nicht vor Gericht erscheint, oder die ihm aufgegebene Handlung nicht vornimmt, aus der bloßen Unterlassung Ungehorsam herzuleiten, und den streitenden Theil einstweilen als ungehorsam anzusehen und ob contumaciam praesumtam, als ein Ungehorsamer zu behandeln ist, bis er beweist, daß eingetretene Hindernisse ihn außer Stand setzten, dem Befehl des Richters zu gehorchen, und er also nicht wirklich ungehorsam gewesen sey[6]). Allein ich glaube auch, daß dies hier nicht angewandt werden könne, da er wirklich gehandelt hat, und es blos ungewiß ist, ob es binnen der vorgeschriebenen Zeit geschehen sei. Hier kann ihm nicht,

---

4) L. 53. §. 1. D. *de re judicata.* Contumax est, qui tribus Edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, literis evocatus praesentiam sui facere contemnit.

5) G. L. Boehmer princ. jur. can. S. 745.

6) cap. 18. X. de sent. et re jud. cap. 7. §. 1. de sent. excom. in VIto.

wie in dem vorigen Fall, zugemuthet werden, daß er sich von der contumacia reinige, da ihn die Handlung nicht, wie in dem vorigen Fall, des Ungehorsams wegen verklagt, sie selbst ihn nicht als einen Ungehorsamen darstellt, er, wenn ich so sagen darf, nicht äußerlich und bis dahin, daß er sich gerechtfertigt hat, als ein Ungehorsamer erscheint. Da auch die nachtheiligen Folgen der contumacia nur Statt finden, wenn der Gegner dem Gegner den Ungehorsam vorwirft, und darauf anträgt, daß die nachtheiligen Folgen der contumacia über ihn nun wirklich verhängt werden, und der Ungehorsame bis dahin, daß dieses geschehen, Versäumniß und Ungehorsam wieder gut machen kann, oder, wie die Rechtsgelehrten sagen, da contumacia non *accusata* non nocet, et ante accusationem alter morum adhuc purgare potest [7]), so kann der Mangel des Tages der geschehenen Uebergabe hier selbst nicht einmal in Betrachtung kommen. Die Schrift ist, der Voraussetzung zufolge, bei Gericht, und liegt bei den Acten; man weiß nur nicht, an welchem Tage sie angelangt ist. Dieses ist hier gleichgültig; denn mag sie angelangt seyn, an welchem Tage sie will, so befindet sie sich doch jetzt, da der Ungehorsam angeklagt werden soll, bei den Acten und macht die Anklage unnütz und vergeblich. Aber, auch selbst in solchen Fällen, wo es keiner Ungehorsamsanklage bedarf, und eigentlich gar davon nicht die Rede seyn kann, damit, durch sie hervorgelockt, nachtheilige Folgen aus der Versäumniß entstehen, wie wenn gesetzliche Fristen verstrichen sind, an welche der Gebrauch gewisser Rechtswohlthaten oder Handlungen gebunden ist, muß es dem streitenden Theil zu Gute kommen, daß die Handlung selbst, nach den Acten, geschehen ist, und es, zumal ohne seine Schuld, blos ungewiß ist, ob sie zur rechten Zeit geschehen sey? Man kann in solchen Fällen gar nicht sagen und ihm gar den Vorwurf nicht machen, er habe etwas, oder, er habe sich an dieser oder jener Handlung versäumt; denn man weiß es nicht, und gegen die bloße Möglichkeit einer Versäumniß durch Beweis sich zu rechtfertigen, kann gar von ihm nicht begehrt werden. Die Versäumniß des Gerichtschreibers kömmt also ihm, wenn er ja eine begangen haben sollte, zu Gute.

Besonders kann einem Beklagten daran gelegen seyn, das Datum der Uebergabe einer gerichtlichen Schrift zu ken-

---

7) Schaumberg princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. membr. 2. §. 5.

nen, wenn in ihr eine Klage enthalten ist, deren Verjährungszeit sich zum Ablauf neigte, und vielleicht gerade mit diesem Tage, als dem letzten, ihr Ende erreichte. In Fällen dieser Art wird kein Kläger die Vorsichtsmaaßregel vernachlässigen, sich zur Vermeidung allen Streits, bei etwaniger Nachlässigkeit oder Versehen durch unrichtige Angabe des Datums von Seiten des Schreibers, sogleich bei der Uebergabe ein besonderes Zeugniß darüber, daß, und wann sie geschehen, ausstellen zu lassen. (Noch nöthiger, als gegen Nichtangabe des Praesentati, dient dies zum Schutz gegen eine falsche Angabe) Sollte er aber diese oder ähnliche Vorsichtsmaaßregeln versäumt haben, und es träfe sich nun, daß zum Unglück gerade diesmal der Schreiber das Datum auf die Schrift zu setzen versäumt hätte, so würde auch in diesem Fall für denjenigen, von dem die Schrift herrührt, besser, wie für seinen Gegner, gesorgt seyn.

Denn, auch von der Verjährung gilt die Regel: Wer die Verjährung behauptet, muß die Verjährung beweisen [8]). Er muß nicht nur die Verjährung überhaupt, sondern, wenigstens der Regel nach, das Vorhandenseyn eines jeden einzelnen dazu erforderlichen Moments [9]) beweisen.

Wenden wir diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so muß derjenige, welcher behauptet, die Klage des Gegners sey durch Verjährung erloschen, beweisen, wie die Klage so spät eingereicht sey, daß die Verjährungszeit zur Zeit der erhobenen Klage bereits verstrichen gewesen, und, wenn er gewöhnlich von der Last dieses Beweises frei seyn wird, rührt es daher, weil er bereits geführt ist, nämlich durch die in dem Praesentato enthaltene Angabe der Zahl der Tage. Aber der Voraussetzung zufolge fehlt dieser Beweis; dem Beklagten fehlt er; ihm hat der Gerichtschreiber, wenn die Schrift zu spät eingereicht ist, geschadet, nicht dem Kläger, nicht dem Schriftsteller.

---

8) So schreibt Mevius: Praescriptio facti est et probatione allegantis eges. Mev. P. 4. dec. 22. no. 5.

9) Jener a. a. O. Nr. 8 lehrt weiter: Praescriptionem qui probare debet, *illi omnia ejus requisita articulare et verificare incumbit.*